



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
Faculdade de ciências jurídicas e sociais - FAJS
Curso de Direito

CAMILLA VIEIRA DE MACEDO GUEDES

A ANÁLISE DA NECESSIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO INFANTICÍDIO

BRASÍLIA
2016

CAMILLA VIEIRA DE MACEDO GUEDES

A ANÁLISE DA NECESSIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO INFANTICÍDIO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Georges Seigneur

BRASÍLIA

2016

CAMILLA VIEIRA DE MACEDO GUEDES

A ANÁLISE DA NECESSIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO INFANTICÍDIO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Georges Seigneur

Brasília, ____ de abril de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Georges Seigneur
Orientador

Prof. _____
Examinador(a)

Prof. _____
Examinador(a)

Aos meus pais, meus mentores na vida e na profissão. Obrigada pelo apoio e confiança que sempre me dedicaram.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Alcino Guedes e Mônica Guedes, pelo amor incondicional, que fez com que esse momento se tornasse realidade. Agradeço por todos os anos de dedicação e cuidado. Tudo o que sou vem dos seus ensinamentos.

À minha irmã, Isabella Guedes, companheira de vida e fonte de inspiração, por me tornar uma pessoa melhor a cada dia que passa. Obrigada por toda assistência psicanalítica na vida e neste trabalho.

Ao meu namorado, Diogo Salomão, pelo apoio, serenidade e carinho. Por me fazer crer que essa empreitada seria possível, que ia dar tudo certo. Obrigada por me acompanhar nesse momento tão importante.

Ao meu primo e incentivador na profissão, Emmanuel Guedes, que me guiou durante esses anos do curso de Direito, com seus ensinamentos e paciência.

Ao querido amigo Vinícius Dias que me auxiliou na estruturação desta monografia, com suas correções e sugestões, para que o trabalho tivesse firmeza metodológica.

Ao professor Georges Seigneur, pela orientação, apoio e confiança. Obrigada por me assistir na construção deste trabalho.

Às amigas que me acompanham desde sempre, Camila Marinho, Alice Pacheco e Luiza Bastos. Sou muito grata por ter vocês na minha vida, pelo suporte que me dão todos esses anos, por tornarem meus dias mais felizes.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

O infanticídio, crime previsto no artigo 123 do Código Penal Brasileiro, determina como crime matar o próprio filho sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, com pena de detenção de 2 a 6 anos. Prática histórica, visto que possuía a elementar *causa honoris*, teve a sua redação alterada ao adotar-se o critério biopsicológico, que versa sobre o estado puerperal, revogando o critério psicológico. Sendo uma prática rara atualmente, possui diversos questionamentos, sobre os quais não se dispõe de um entendimento unificado, tanto no âmbito jurídico como na medicina legal. Sendo assim, são expostos os fundamentos e problemas desse tipo penal, juntamente com suas condicionantes. Demonstra-se, também, o que aconteceria no caso dessa conduta ser revogada: se a mãe ainda poderia ser incriminada por outros dispositivos do Código Penal, por analogia. Desta forma, o presente trabalho pretende fazer uma análise sobre a relevância de sua tipificação, e as possíveis soluções, na tentativa de indagar se ele é realmente necessário na atualidade.

Palavras-chaves: Infanticídio. Estado puerperal. *Causa honoris*. Inimputabilidade. Semi-imputabilidade. Homicídio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O INFANTICÍDIO	10
1.1 Precedentes Históricos	11
1.2 Infanticídio no Brasil.....	12
1.3 Objeto material, sujeito ativo e passivo	13
1.4 Elementares	14
2 CULPABILIDADE	26
2.1 Evolução da Culpabilidade	27
2.2 Juízo de reprovabilidade	30
2.3 Inimputabilidade e semi-imputabilidade	33
3 A NECESSIDADE TÍPICA DO INFANTICÍDIO	38
3.1 Do homicídio, inimputabilidade e semi-imputabilidade	39
3.2. Os problemas do infanticídio.....	43
3.3. A análise típico-normativa do infanticídio	44
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O crime de infanticídio é tipificado pelo Código Penal Brasileiro (CP), no *caput* do art. 123. Este determina como conduta delituosa a mulher que mata o próprio filho, sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, tendo pena de detenção de dois a seis anos.¹

É como um homicídio privilegiado, devido ao seu tratamento mais atenuado a mulheres que sofrem de uma perturbação mental em decorrência do puerpério,² período inerente a todas as mulheres após o parto, mas que nem sempre acarretam essa alteração ou ausência de autodeterminação.

O infanticídio é uma prática de cunho histórico, existente desde a Grécia Antiga até os dias de hoje. No Brasil, sua elementar antigamente se baseava no critério psicológico, *causa honoris*, que defendia a pena mais atenuada às infanticidas que cometiam o delito para ocultar uma desonra. Atualmente isso foi alterado para o critério biopsicológico, denominado de estado puerperal, no qual a parturiente pode sofrer perturbações mentais.

Sua tipificação é recente nos países de religião cristã, resultado de um amplo processo de medicalização da sexualidade e reprodução das mulheres, aproximando a psiquiatria do direito penal no auxílio do controle de desvio moral.³

Por ser um crime mais relevante na história do que na atualidade, faltam estatísticas sobre o tema, tratando-se de um fenômeno raro e de difícil entendimento de suas elementares.

O presente trabalho pretende, inicialmente, demonstrar o que é o infanticídio, seu entendimento e divergências no âmbito jurídico e médico-legal. Posteriormente, o capítulo 2 irá versar sobre a culpabilidade e sua relevância para o direito, de forma que é essencial a sua análise para definir esse tipo penal.

Por fim, o capítulo 3 questionará esse crime, adotando uma interpretação ampla, tanto em sua relevância para os dias atuais e os problemas presentes na

¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

² COSTA, Bruna Santos. **Mulheres e Infanticídio: a interface entre o Direito e a Psiquiatria**. Brasília: ProIC – UnB/CNPq, 2011. p. 1.

³ VIEIRA, Sinara Gumieri. **Mulheres e Infanticídio: uma revisão da literatura Internacional**. Brasília: ProIC -- CNPq/UnB, 2012. p.1.

interpretação de sua redação, como na explicação de suas elementares e apresentação de possíveis soluções.

Com o auxílio da perícia médico-legal e a psicanálise, será possível fazer uma análise sobre o grau de alteração mental da parturiente, verificando a necessidade da adequação em outros crimes previstos pelo Código Penal. Serão demonstrados também projetos de Lei que preveem alterações no artigo 123 nesse sentido.

Visto que, por ser um evento raro e polêmico, pouco se fala em infanticídio, há muito o que se investigar sobre o tema, razão pela qual ele constitui o objeto desta pesquisa.

1 O INFANTICÍDIO

O Código Penal Brasileiro atual⁴ trata o crime de infanticídio no *caput* do artigo 123, definindo como infanticida aquela que matar o próprio filho durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal, com pena de detenção de dois a seis anos.

Tem o objetivo de proteger o bem jurídico da vida humana, tanto no seu sentido bio-psicológico como social, não sendo um simples direito, visto que o bem da vida é o primeiro dos bens, considerando que todos os direitos decorrem do direito de viver.⁵

O infanticídio abrange dois critérios para ser considerado como “*delictum exceptum*” em relação ao homicídio, uma espécie de homicídio privilegiado. São estes: o critério psicológico, que se relaciona a matar o próprio filho para defesa de honra (*causa honoris*), e o bio-psicológico, em que não se considera o motivo do cometimento do ilícito penal e sim a instabilidade biopsíquica causada pelo estado puerperal, sendo este o preceito aceito no Brasil atualmente.⁶

Como no homicídio, o núcleo do tipo se encontra no verbo matar, devendo ser cometida a conduta durante ou logo após o parto. Elementares cuja interpretação possui muitas divergências dentro do âmbito jurídico, assim como na medicina.

Com a morte do recém-nascido ou neonato, consuma-se o crime, porém também se admite a tentativa. No caso de ocorrer o abandono do mesmo, resultando em um falecimento subsequente, observa-se:

[...] tratando de abandono, não há de se confundir este delito (infanticídio) com o do art. 134, § 2º, em que a morte não é querida, havendo preterdolo, sendo por isso o crime qualificado pelo resultado; ao passo que aqui há animus occidendi: o abandono é o modo por que a mulher dá a morte ao neonato.⁷

⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵ IMPALLOMENI, 1891 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 42.

⁶ Ibidem, p. 44.

⁷ NORONHA, 2000 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 87.

Para que seja considerado como infanticídio, o nascente ou neonato deve nascer com vida. Não sendo comprovada sua vida do mesmo, através de laudo médico, não é possível falar-se em infanticídio, e sim em aborto.⁸

Trata-se ainda de crime próprio, o qual não pode ser praticado por qualquer um. Seu sujeito ativo é a mãe e o sujeito passivo o recém-nascido, ou nascente, visto que possui as condicionantes “durante” ou “logo após o parto”.

1.1 Precedentes Históricos

O conceito de infanticídio nem sempre foi o atual. É uma prática histórica e, do ponto de vista moral, como a parturiente acaba com a vida do próprio filho, comete o pior crime para o feminino, uma vez que vai contra a ideia criada socialmente da maternidade e do papel da mãe como cuidadora. Destrói, ainda, as expectativas sociais sobre os papéis pré-definidos das mulheres, pois supostamente essa não seria a sua natureza. Consequentemente, é construída uma associação dessa conduta com loucura ou diminuição da capacidade de autodeterminação, o que em tese seria a ideia mais aceitável socialmente.⁹

A história do infanticídio é muito heterogênea, passando por diferentes noções ao longo do tempo, acompanhando as mudanças da sociedade até a atualidade.

Em breve resumo histórico, observa-se que o infanticídio já havia sido permitido na Grécia antiga, mais precisamente em Esparta, onde o Estado era quem tinha o poder de decidir se os recém-nascidos iriam viver ou morrer, dependendo da sua condição de saúde. Aqueles que não fossem destinados à morte viveriam sob os cuidados da mãe até completarem sete anos para, em seguida, serem entregues ao Estado, que os faria viver em condições extremas de sobrevivência a fim de prepará-los para a guerra.¹⁰

A punibilidade desse crime variou de impunidade absoluta até a aplicação da pena de morte. Surgiram filósofos defendendo a ideia de que o motivo para o seu cometimento não era a perversidade, mas a honra que se procurava salvar.

⁸ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 102.

⁹ COSTA, Bruna Santos. **Mulheres e Infanticídio**: a interface entre o Direito e a Psiquiatria. Brasília: ProIC – UnB/CNPq, 2011. p. 1.

¹⁰ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 59.

A partir dessa ideia, a pena de morte foi abolida em alguns países e os ordenamentos jurídicos começaram a avaliar o infanticídio como um homicídio privilegiado, quando praticado, por motivo de honra, pela mãe ou por um parente próximo, o que causava uma grande diminuição de pena.

1.2 Infanticídio no Brasil

No Brasil, o Código Criminal de 1830¹¹ tipificava o infanticídio como crime cometido pela mãe para ocultar sua própria desonra com previsão de pena de prisão com trabalho de 1 a 3 anos.

O Código de 1890¹², por sua vez, determinou o infanticídio com pena igual à do homicídio, tornando-se assim injustificável a distinção desses dois tipos penais. Permaneceu como exceção os casos em que a mãe fosse a autora, o que acarretaria uma diminuição de pena, sem menção a hipótese de *causa honoris*.

Surgiram então projetos, entre os Códigos de 1890 a 1940, que definiram essa conduta. O Projeto Galdino Siqueira, segundo o qual o infanticídio não era considerado um crime autônomo, porém uma espécie de homicídio privilegiado, que poderia ser cometido por qualquer pessoa, ou pela mãe para ocultar desonra, com detenção de dois a oito anos, foi um deles.

Outro foi o Projeto Sá Pereira, o qual previa o infanticídio como crime autônomo e incluía as elementares de que devia ser durante o parto e sob influência do estado puerperal, com pena de prisão de até 3 anos, ou detenção de seis meses no mínimo.¹³

Por fim, havia o Projeto Alcântara¹⁴, retornando à premissa prevista pelo Código de 1830, que fundamentava o privilégio na *causa honoris* e estendia este

¹¹ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹² BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹³ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 27.

¹⁴ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 28.

para agentes além da mãe. E, por fim, surgiu o Código de 1940, vigente atualmente.

1.3 Objeto material, sujeito ativo e passivo

Atualmente, conforme o Código Penal Brasileiro, o tipo penal disposto no artigo 123 é caracterizado pela influência do estado puerperal. Entende-se que ele se caracteriza por perturbações psíquicas decorrentes do parto. O estado puerperal ocorre durante e após o parto, causando distúrbios psíquicos nas mulheres, todavia é fato que nem todo puerpério acarreta perturbações psíquicas.¹⁵

A partir da dificuldade em delimitar o seu conceito, já que não é passível estabelecer um lapso temporal determinado, a perícia médica deve auxiliar o juiz a determinar se o estado ocorreu ou não. Porém a jurisprudência defende que ele deve ser interpretado de forma ampla, por ser uma influência normal de qualquer parto e, diante de sua frequência, deve ser admitido sem muitas dificuldades.¹⁶

Ainda para caracterizar o infanticídio, o recém-nascido ou nascente deve ter vida antes da ocorrência do crime, ou seja, nascido com vida. Para comprovar isso, a medicina legal geralmente utiliza como prova a respiração do neonato. Contudo ainda assim pode haver vida do recém-nascido sem a respiração, quando ocorre a apneia fisiológica e, nesse caso, utilizam-se outros métodos para a comprovação de vida.

O objeto jurídico do infanticídio é a proteção da vida, seja ela do neonato (aquele que acabou de nascer) ou do nascente (transição entre a vida endo-uterina e extra-uterina).

O crime de infanticídio pode ser praticado por comissão ou omissão. O que ocorre é que o artigo 134 do Código Penal já prevê o abandono de recém-nascido que resulta em morte, tratando-se assim de uma forma de infanticídio por omissão, devendo ser julgado como infanticídio, devido ao fato de que a

¹⁵ HUNGRIA, 1958 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 30.

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1985 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 31.

figura do artigo 123 absorve a do artigo 134, quando restar comprovado a influência do estado puerperal.

Ao analisar esse crime de forma ampla, Gláucio Vasconcelos Ribeiro defende que se trata de um “*delictum exceptum*”, de um tipo especial ou próprio de homicídio, tendo como sujeito ativo a mãe e o sujeito passivo o neonato, tendo como condição específica a influência do estado puerperal, em razão da qual possui uma pena mais leve.¹⁷

Sem que haja estas considerações, torna-se impossível falar em infanticídio, sendo aceitável, assim, que seja um homicídio privilegiado, sob a denominação de infanticídio.

1.4 Elementares

No dispositivo atual, não se trata mais de *causa honoris*. Esse critério era utilizado no Código anterior, que caracterizava o infanticídio por motivo de defesa da própria honra, geralmente ocorrendo em casos de gravidez ilegítima, que levaria a parturiente a uma situação de desespero.

A noção de honra está relacionada a um conjunto de atributos físicos, morais e intelectuais que determinam o valor social da pessoa humana, perante a sociedade (honra objetiva) e perante ela mesma (honra subjetiva), e podem versar sob vários aspectos, tais como: honra social, familiar, profissional, etc.

Os defensores do critério psicológico¹⁸ relacionam o conceito de honra, nesse caso, a uma gravidez ilegítima e resguardam a moral pelo aspecto sexual, colocando assim o infanticídio de forma privilegiada em frente ao homicídio. Dessa forma, surge a honra sexual, que afirma que a vontade do agente de matar a criança consiste em evitar que uma gravidez ilegítima chegue ao conhecimento daqueles que consideram sua honra sexual incensurável.¹⁹

É possível observar que o crime do infanticídio tem feição especial, pois a gravidez ilegítima se liga, em regra, a uma falta sexual ligada à sedução, ao adultério, ao estupro ou ao incesto, muitas vezes praticada às escuras, em local

¹⁷ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 34.

¹⁸ Ibidem, p. 61.

¹⁹ SILVEIRA, 1968; PEDÌO, 1954 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 61.

clandestino, havendo, dessa forma, uma desonra por parte da mulher, associada a violenta emoção, criando uma ideia de que ela é uma infeliz que não pode resistir ao desejo sexual.²⁰

Francesco Carrara defende que, ao cometer tal crime, a mulher estará resguardando a reputação que os outros possuem dela, mantendo-a íntegra ao eliminar a prova que demonstra sua desonra, fato que impede que sua conduta sexual chegue ao conhecimento de outras pessoas.²¹

A sociedade, portanto, deveria agir piedosamente diante dessa justificativa de manter a honra sexual, o que caracterizaria esse crime como privilegiado perante o homicídio.

Nesse sentido, a mãe, no decorrer do parto ou no período subsequente, sofre influência perturbadora que pode ocasionar em um real estado de necessidade de realizar o infanticídio. Nesse caso, verifica-se um conflito de bens jurídicos: a honra do agente e a vida do recém-nascido. Diante disso, há algumas visões que pretendem descriminalizar o infanticídio por motivo de honra.

Embora a norma deva tutelar o bem jurídico maior, que é a vida, e não a honra, a corrente defensora do infanticídio por motivo de honra se apoiou em fatores tais como o fato de que, à época, o parto era bem mais doloroso e as suas condições muito precárias.

Verifica-se que o ordenamento jurídico cai em contradição quando se trata de situações semelhantes, como, por exemplo, quando a mãe mata o filho por homicídio. Nesse caso, o fato dele ser seu descendente é agravante, todavia no infanticídio essa condição de parentesco está voltada para a proteção de uma honra, não mais existente perante a sociedade. Outra qualificadora, caso houvesse, seria o emprego de meio cruel para o cometimento do crime, assimilando-se ao meio usado para cometer o infanticídio, visto que o recém-nascido é um ser indefeso e frágil.

²⁰ FÁVERO, 1991 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 61-62.

²¹ CARRARA, 1978 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 62.

Assim, a causa para a concessão do privilégio passa a ser o critério psicológico, ou seja, que a mãe agisse por motivo de honra, visando resguardar sua honra sexual.²²

Caso não haja, porém, tais condições psicológicas previstas anteriormente, tampouco as intenções acima descritas e a morte da criança pela mãe ocorram devido a fatores de saúde que comprometeriam a vitalidade dela, ou, ainda, caso a família não tenha condições para manter e sustentar o recém-nascido, o crime passa de infanticídio a homicídio.

Na reforma do Código penal brasileiro de 1940, o critério para a diminuição de pena passou pelo motivo bio-psicológico, atrelado ao tipo penal como estado puerperal, o que dava motivo de tratamento especial, deixando o critério psicológico da honra para o passado.

Sendo assim:

Ao contrário do puramente psicológico, não distingue entre gravidez ilegítima ou legítima, abstraindo, portanto, ou pelo menos relegando para terreno secundário, a *causa honoris*: somente tem em conta a particular perturbação fisiopsíquica decorrente do parto. Ao invés do *impetus pudoris*, o *impetus doloris*.²³

O puerpério possui vários conceitos, porém esse estágio se inicia com o período da expulsão da placenta até a involução total do organismo materno às condições anteriores à gestação, em que o organismo se restaura das modificações causadas pela gravidez e pelo parto.

Também são inúmeras as definições da influência do estado puerperal. Entre elas, destaca-se a que o considera como uma perturbação psíquica em que a mulher mentalmente sã, mas abalada pela dor física do parto, nervosa, fatigada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, com uma libertação de impulsos nervosos, chegando assim a ser capaz de matar o próprio filho.²⁴

²² MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 63.

²³ HUNGRIA, 1958 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 64.

²⁴ ALMEIDA JR.; COSTA JR., 1996 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 65.

Já Sebastián Soler afirma que o estado puerperal consiste em um conjunto de sintomas fisiológicos que se prolongam por um tempo depois do parto.²⁵

Não se pode confundir o estado puerperal com as psicoses puerperais, pois elas ocorrem no pós-parto com mulheres que já possuem uma pré-disposição para certas anormalidades e, dessa forma, exaustão, emoção e todos os outros fatores hormonais e psicológicos que ocorrem no pós-parto facilitam a precipitação de um surto ou episódio psicótico.

Da mesma forma que não é uma psicose puerperal, também não é um caso de semialienação, em que as condições do parto antecipam as manifestações anormais também pré-existentes por condição mórbida como, por exemplo, a histeria, a perversão, etc.

Contudo, nota-se que mesmo na sociedade atual, ainda existe certa censura, à gravidez indesejada, seguida por abandono. Perduram, também, nas situações de gravidez ilegítima, angústia e nervosismo, que podem levar à morte do recém-nascido, tratando-se assim de *causa honoris*.

Isso não significa que o estado puerperal deixa de ser o elemento principal, porém a *causa honoris* também pode ter um caráter acessório na caracterização da infanticida.

Sendo assim, pode-se concluir que a *causa honoris* pode assessorar ou até mesmo agravar o estado puerperal, pois ele acaba sendo mais perceptível em casos de gravidez ilegítima.

O motivo de honra pode contribuir juntamente com o da morbidez fisiológica do parto para a diminuição da responsabilidade da parturiente em sua própria concepção momentânea. Dessa forma, devem ser analisadas, em seus conjuntos de interdependência, as causas fisiológicas e psicológicas, de forma que não se desconsidere o motivo de ocultação de desonra.²⁶

De maneira mais aprofundada, o estado puerperal é definido como um transtorno mental transitório incompleto, podendo ser assim de curta duração,

²⁵ SOLER, 1973 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 65.

²⁶ HUNGRIA, 1979 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico, figura autônoma e concurso de agentes**. São Paulo: Pillares, 2004. p. 33.

porque não chega a constituir um estado de alienação mental. É, no entanto, um estado indeterminado e obscuro no que diz respeito às funções psíquicas.

Dessa forma, havendo essa incapacidade de autodeterminação em decorrência do estado puerperal e a morte do filho nascente ou neonato, configura-se o crime de infanticídio. Pelo entendimento penal, a influência do estado puerperal é um quadro biopsicológico próprio de mulheres geralmente desassistidas e que enfrentam gravidez indesejada. Suscita em seu curso relevantes conflitos emocionais, gerando maior fragilização física e psíquica durando o parto ou logo após, culminando na morte do próprio filho.

Do ponto de vista obstétrico,²⁷ esse entendimento não é pacífico. Há quem entenda que o estado puerperal inclui o período da própria gravidez. Porém, conforme Código Penal Brasileiro, para se caracterizar o crime de infanticídio, a morte do recém-nascido ou feto tem que estar sob influência direta do estado puerperal, e deve ocorrer durante o parto ou logo após o mesmo.

Assim, é necessária essa relação de causalidade entre o estado puerperal e o crime, que deve ser comprovada, pois nem sempre o puerpério causa alterações psíquicas. Deve ser averiguado se o crime causado foi consequência desse estado, de modo a restar comprovada a redução da capacidade de entendimento ou autoinibição da mãe. Caso não haja essa ligação, não há distinção entre infanticídio e homicídio.

É de pacífico entendimento que a influência do estado puerperal diminui ou reduz a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da mãe. Se verificada essa relativa incapacidade e, em decorrência dela, a mãe comete o crime de matar o próprio filho, fica configurado o infanticídio.

É possível, também que, dias após o parto, a mulher, devido ao estado puerperal, desenvolva uma perturbação psicológica de natureza patológica, associada a doença mental pré-existente. Neste caso, a capacidade mental da parturiente é anulada e, conseqüentemente, dá-se a inimputabilidade, não havendo agente culpável nesse caso e a extinção de culpabilidade.

²⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 66.

Conforme Marcé,²⁸ psiquiatra francês, o estado puerperal é uma breve forma de alienação mental, um estado psíquico patológico que leva a mulher, no momento do parto e depois dele, a um estado de fúria incontrolável. Porém, após esse momento, sua saúde mental reaparece.

Sabe-se que, na profunda irritação provocada pelas dores do parto, é possível o acontecimento de um colapso de senso moral, causando uma excitação frenética e uma desordem mental, que privam a mulher de entender a situação e tiram seu discernimento. Após essa crise, ao recuperar suas capacidades mentais, a parturiente não possui menor lembrança do ocorrido. Não há, entretanto, entendimento pacífico quanto a psicose puerperal ser causada pela gravidez e o parto, ou trata-se apenas de um agravante de doença mental pré-existente.

Verifica-se que as psicoses puerperais acontecem geralmente nas situações em que há briga entre os pais, por gravidez fora do casamento, medo do marido, medo de relações sexuais, entre outras. Quando há harmonia e apoio familiar, o risco da psicose puerperal é muito pequeno, quase ausente.²⁹

O estado puerperal é bem observado pelo pensamento penal, visto que a mulher pode não ter discernimento nenhum de sua conduta. Esse ordenamento por sua vez não diferencia a depressão pós-parto da depressão puerperal, ambas previstas na Classificação Internacional de Doenças³⁰ consideradas, como sendo decorrentes do estado puerperal.

Partindo-se do pressuposto de que o puerpério pode ou não causar perturbação psicológica na parturiente, preveem-se possibilidades distintas: caso o puerpério não cause alteração psicológica na mulher e ela pratica o ato de matar o próprio filho, considera-se homicídio; se, em consequência desse estado, a mãe sofre relativa incapacidade de autodeterminação e mata o filho, considera-se infanticídio; se devido ao puerpério, a mulher sofre perturbação mental, porém não tem a capacidade de autodeterminação total retirada, e pratica o ato de matar o filho, responde por infanticídio com diminuição de pena

²⁸ MARCÉ, 1858 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 68.

²⁹ GUARIENTO, 1986 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 69.

³⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1997 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 69.

(art. 26, CP, parágrafo único); e, por fim, quando, em decorrência do puerpério, é agravado o estado psíquico pré-existente, conseqüentemente levando a mulher a uma doença mental, e ela mata o filho, ela torna-se inimputável e, conseqüentemente, isenta de pena (art. 26, CP, *caput*).³¹

O estado puerperal é um fato biológico que, com o parto, desencadeia uma súbita queda nos níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central, cuja disfunção promove estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional. Geralmente em gestações que ocorrem em segredo ou com partos em condições precárias e não assistidos, esse estado pode gerar um transtorno de personalidade que desintegra temporariamente o ego.³²

A disfunção acontece nas funções associadas de consciência, identidade e comportamento motor, quando um deles deixa de agir em harmonia com os outros, manifestando-se nas autoras do infanticídio. Esse distúrbio pode provocar sintomas como amnésia, alucinações auditivas e transtorno de despersonalização, que é uma alteração na percepção de si mesma, com perda do senso da própria realidade, em virtude da sensação de estar em um sonho, distanciada do próprio corpo.

A Academia Americana de Psiquiatria estabelece o estado puerperal como uma modalidade de transtorno de estresse agudo cujos sintomas são de curta duração. caso não haja doença mental pré-existente, sua comprovação passa a ser um grande desafio, já que os sintomas são temporários e no momento do exame médico legal podem já ter desvanecido.³³

Para compreender melhor o estado puerperal e dar assistência à puérpera, o Ministério da Saúde³⁴ estabeleceu algumas regras básicas de auxílio às mulheres no puerpério. Assim é possível melhor entendimento das alterações psíquicas e anatômicas e os sintomas decorrentes delas.

³¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

³² GUIMARÃES, 2003 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 72.

³³ ACADEMIA AMERICANA DE PSIQUIATRIA apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 72.

³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Pré-natal e puerpério: atenção qualificada e humanizada: manual técnico**. Brasília, 2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pre-natal_puerperio_atencao_humanizada.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

Resumidamente, nota-se que é um estado de exaustão e relaxamento, em que é exigido repouso. Dessa forma, a mãe só poderá passear e cuidar do filho recém-nascido após despertar de seu descanso e se alimentar.

Após o parto, a parturiente pode apresentar elevadas temperaturas e até calafrios, sem ter necessariamente infecção ou sofrer risco à saúde. Deve, entretanto, ficar sob observação, pois esses sintomas podem estar associados a infecção puerperal. Além disso, pode haver aumento no volume de sangue circulante, principalmente nas puérperas com cardiopatia, que exigem extrema vigilância médica.

Também nesse momento, o sistema respiratório e a região abdominal começam a se recuperar, promovendo melhor esvaziamento gástrico. Devido ao esforço feito no parto, ainda é possível que seja agravada a situação de hemorroidas já existentes, o que atrapalha o esvaziamento intestinal.³⁵

Na recuperação da puérpera, no caso de natimortos ou recém-nascidos malformados, é necessária a observação do estado psicológico das parturientes, procurando o entendimento dessas situações por parte dos acompanhantes e muitas vezes até ajuda profissional, com atenção física e psíquica.³⁶

No momento após o parto, a relação mãe-bebê ainda é confusa. Não se deve dar só atenção ao bebê, pois isso pode ser interpretado pela mãe como desprezo a ela. O alvo de atenção deve ser a puérpera. A corrente bio-psicológica tenta resolver o problema das injustiças presentes no critério psicológico.³⁷

Ao desvencilhar o estado puerperal da honra, o privilégio do infanticídio foi ampliado, abrangendo os casos em que a parturiente sofre de distúrbios psicológicos e psíquicos ou morais.³⁸

Relata-se que a duração do estado puerperal pode ser de algumas horas ou alguns dias e regride espontaneamente sem deixar sequelas. Visto isso, é muito difícil a observação pericial, pois no momento de realizar exames, há a possibilidade de que os sintomas não existam mais.³⁹

³⁵ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 73.

³⁶ Ibidem, p. 75.

³⁷ Ibidem, p. 75.

³⁸ Ibidem, p. 80.

³⁹ PATARO, Oswaldo, 1976 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 80.

O fato de o Brasil ser um país muito extenso e sofrer da carência de serviços médico-legais oficiais dificulta mais ainda esse exame pericial, pois ele não pode ser realizado por um leigo. Outro fator que dificulta a identificação por meio da perícia é que a maioria dos partos após os quais ocorre a conduta infanticida são clandestinos e sem assistência médica.

As alterações psíquicas não são causadas apenas por gravidez, parto e puerpério, como também por alterações hormonais que variam muito nos primeiros dias após o parto e também por semanas seguintes, tratando-se assim de circunstâncias de aspecto imprevisível, de duração indeterminada e de difícil perícia.

No passado, a maioria das legislações possuía o entendimento de que o objeto do infanticídio era só a vida extrauterina do recém-nascido, quando ele começava a respirar. Mas isso foi descartado no Código Penal Brasileiro, em razão de que o recém-nascido pode não respirar em um primeiro momento após ser expelido pela parturiente, devendo ser comprovado o nascimento com vida através de outros métodos. Desta forma, é aceito que a vida intrauterina eliminada corresponde ao crime de aborto e a extrauterina consiste no infanticídio e, para que este se configure, é essencial que o neonato tenha nascido com vida. Caso seja um natimorto, não pode ser considerada tal conduta.

Para isso, é imprescindível a presença de um laudo que comprove a vida tanto do feto nascente quanto a do recém-nascido. Para realizar tal prova no primeiro quesito, o médico demonstra a presença de tumor no parto e hemorragias no couro cabeludo. Isso demonstra que havia circulação no organismo fetal, fato que não ocorre caso o recém-nascido tenha morrido antes do parto.

No segundo quesito, da vida extrauterina autônoma, podem-se observar três provas: a cessação da circulação fetoplacentária, a substituição da respiração placentária pela pulmonar e a substituição da alimentação placentária pela gastrointestinal. O conjunto de provas mais utilizado para tal comprovação são as *docimais*, que são realizadas pelas vias respiratórias e não respiratórias, como o diafragma, pela aparência e textura do pulmão, ao cortá-lo e analisar o interior deste, utilizando esse no estado de putrefação, entre outros.

Do ponto de vista psicanalítico, voltando à relação mãe-bebê, Winnicot⁴⁰ afirma que a mãe odeia seu bebê antes mesmo que ele a odeie, e inclusive antes que possa saber que ela o odeia. Pela obra de Freud⁴¹ “Instintos e suas Viscissitudes”, observam-se coisas originais e esclarecedoras sobre o ódio, em que se afirma que somos capazes de dizer, sem pensar, através dos instintos, quando se ama para o fim de satisfação, mas, se dissermos que o instinto odeia, soará muito estranho. Assim é possível perceber que as situações de amor e ódio não podem caracterizar relacionamento do instinto com o objeto e sim apenas do ego como um todo com todos os seus objetos.

Winnicot⁴² defende essa afirmação de Freud como verdadeira e importante e acredita que isso significa que, quando acontece, essa integração pode advir de um estado de excitação ou raiva. Existe um estágio que, na teoria, é anterior e nele, o que quer que o bebê faça que seja capaz de machucar, não é feito a partir do ódio, tendo o autor utilizado o termo amor impiedoso para descrever o fenômeno.

Ao fazer essa afirmação, o autor indaga se isso seria aceitável, porém, após esse momento, explica que o ódio passa a ter sentido quando o bebê se sente uma pessoa inteira, passando então esse termo a descrever seu conjunto de sentimentos. Já a mãe passa a odiar seu bebê desde o início.

O psicanalista⁴³ defende que conhecemos o amor de mãe e o admiramos por sua força e realidade, porém apresenta outros motivos pelos quais a mãe odeia seu bebê.

Entre eles, nota-se que o bebê não é uma concepção mental da mãe, não é o mesmo daquelas brincadeiras de criança, como um irmão, não é produzido magicamente. É um perigo para o corpo da mãe durante a gestação e o parto, interfere na vida privada e é um obstáculo para a ocupação anterior da mãe. De certa forma, ela acredita que seu bebê é objeto de desejo e que é produzido por gosto alheio à sua vontade: o bebê a excita mas também a frustra.⁴⁴

⁴⁰ WINNICOTT, Donald Woods. **Da Pediatria à Psicanálise**: obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 285.

⁴¹ FREUD, 1915 apud WINNICOTT, Donald Woods. **Da Pediatria à Psicanálise**: obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 285.

⁴² WINNICOTT, Donald Woods. **Da Pediatria à Psicanálise**: obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 285.

⁴³ Ibidem, p. 285.

⁴⁴ Ibidem, p. 285.

A mãe deve ser capaz de tolerar esse ódio pelo bebê sem agir em relação a isso, sem fazer nada a respeito. Ao temer sua própria reação, ela não poderá odiar de forma adequada quando for machucada, podendo cair assim no masoquismo, levando, assim, à teoria do falso masoquismo inerente às mulheres. O mais interessante é a mãe sentir tanto ódio por seu bebê e ter essa capacidade de ser tão agredida por ele, sem se vingar, sendo apta a esperar por recompensas que podem vir ou não no futuro.⁴⁵

É muito relevante, portanto, o ódio presente na relação mãe-bebê, visto que não acredita-se que uma criança humana, ao se desenvolver, possua a capacidade de tolerar toda a extensão de seu ódio em um ambiente sentimental. É necessário que exista um ódio para que a criança possa odiar.

Em relação ao julgamento dessa conduta, constata-se que uma pena não pode ser considerada justa até que a Lei não tenha aplicado os melhores meios para prevenir determinada circunstância. Dessa forma, o reconhecimento do estado puerperal deve ser interpretado de maneira ampla, visto que é corriqueiro e comum em qualquer parto, devendo assim ser admitido sem tanta complexidade. O crime, ao ser conhecido muito depois, não impede o reconhecimento do estado puerperal, devendo haver também uma interpretação ampla, de modo que abranja esse estado biopsíquico.

Acredita-se que a parturiente que comete homicídio e esteja em conformidade com essa ampla interpretação pode ser beneficiada com a diminuição de pena ao ser tipificado o crime de infanticídio, conforme a análise de sua culpabilidade.

Em relação aos sujeitos do delito, nota-se que o infanticídio pertence à classe dos delitos próprios e especiais, posto que, para a caracterização do fato típico, o sujeito ativo tem que reunir certa qualidade ou condição. Conclui-se também que é um crime de autoria limitada e que apenas pode ocorrer pela genitora puérpera. Assim, qualquer pessoa, que não seja a mãe sob influência do estado puerperal, estará cometendo homicídio.⁴⁶

A coautoria, por sua vez, recai apenas sobre casos de concurso eventual, pois no concurso necessário a Lei já prevê a punição de todos os coautores.

⁴⁵ Ibidem, p. 285.

⁴⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 87.

Relata-se que existem duas concepções relativas sobre a autoria: a primeira, a concepção extensiva, defende que não há diferença entre autor e partícipe, pois qualquer um que participar do crime concorre para sua prática; já a concepção restritiva considera que o autor é aquele que realiza a conduta típica, havendo diferença entre autor e partícipe.⁴⁷

Existe ainda uma concepção que consiste na ligação entre as vertentes extensivas e restritivas. A teoria do domínio do fato, que diz respeito à autoria propriamente dita, à autoria intelectual, à autoria mediata e à coautoria. A primeira estabelece que o autor executa a conduta criminosa e típica sozinho, tendo domínio dela. Já na segunda, o autor planeja o crime, que é produto de sua criatividade, como por exemplo, o chefe de uma quadrilha, tendo a pena agravada conforme o Código Penal. Por fim, a mediata refere-se àquele que se serve de terceiro, pois não possui total discernimento para realizar esta conduta típica, sendo usado como mero instrumento da ação delituosa.⁴⁸

Essa pode resultar na falta de capacidade penal pelo executor, na coação moral irresistível (quando pratica fato com vontade típica do coautor), no erro de tipo escusável determinado por terceiro e, por fim, na obediência hierárquica (quando o autor da ordem se aproveita do fato de o executor desconhecer que o delito praticado é crime). Não existe autoria mediata em crimes de mão própria, nem nos culposos. Também não há concurso de agentes entre o autor mediato e o executor usado.⁴⁹

⁴⁷ Ibidem, p. 87.

⁴⁸ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas: Millennium, 2004. p. 88.

⁴⁹ Ibidem, p. 89.

2 CULPABILIDADE

A culpabilidade é medida de responsabilidade penal e seu fundamento último. Por meio de seu aperfeiçoamento é possível medir o progresso do Direito Penal.⁵⁰

Conforme Teotônio,⁵¹ a expressão “*nula poena sine culpa*” determina a segurança jurídica e a proteção dos direitos fundamentais, que requerem amparo de todas as pessoas frente à coação de uma pena que será imposta sem a prática de qualquer crime.

Esse é um princípio que, apesar de não constar expressamente na Constituição Federal, pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana. A culpabilidade possui três sentidos fundamentais: culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime, culpabilidade como princípio medidor de pena e culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, responsabilidade penal sem culpa.⁵²

O primeiro determina que o juízo de culpabilidade é o terceiro quesito integrante do conceito analítico de crime, na teoria finalista. Portanto, quando se chega a essa análise de determinar se o crime é culpável ou não, já é cediço que a conduta é típica e antijurídica e, a partir daí, se inicia a avaliação da censurabilidade do fato praticado.

O segundo sentido fundamental determina que o julgador deverá, após a condenação, segundo o grau de culpabilidade do agente, encontrar a pena que corresponde ao ilícito praticado, observando-se o critério trifásico do artigo 68 do Código Penal, encontrando-se primeiramente a pena-base, onde fixam-se a pena e as circunstâncias judiciais, aferindo a culpabilidade. Posteriormente, deve-se analisar, uma a uma, todas as condições previstas no artigo 59 do CP, agravantes e atenuantes, e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena. Em consonância a isso:

Uma segunda exigência que se deriva do princípio da culpabilidade é a correspondente ao *critério regulador da pena*,

⁵⁰ LISZT, 1929 apud TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade:** concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Ribeirão Preto: Minelli, 2002. p. 22.

⁵¹ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade:** concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Ribeirão Preto: Minelli, 2002. p. 21.

⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 90.

conforme o juízo de que a pena não deve ultrapassar o marco fixado pela culpabilidade da respectiva conduta.⁵³

Por fim, o terceiro sentido fundamental prevê que não é cabível ao direito penal a imputação de uma responsabilidade objetiva, é necessário que a responsabilidade penal seja subjetiva.

2.1 Evolução da Culpabilidade

Historicamente, ao se tratar da culpa aquiliana, o ensinamento habitual preconiza que cada cidadão deve dirigir sua conduta aos parâmetros do que seria o “homem médio”, posto que o comportamento de cada um deve se basear no fato de que o indivíduo, tanto hoje como no passado, supõe-se dotado de consciência comum, musculatura mediana, reações ordinárias, habilidades e costumes padronizados, inteligência e memória normais.⁵⁴

Dessa forma, quando fosse necessário avaliar a culpa, era possível que ela fosse centrada apenas nas aparências exteriores ao comportamento, sem uma investigação atenta às peculiaridades subjetivas do sujeito, como características físico psíquicas.

É adotada assim uma unidade de medida de um modelo geral, em que os comportamentos individuais são igualmente avaliados pelo juiz de maneira objetiva e de cunho impessoal, voltado apenas para essas características externas do indivíduo, no máximo tomando em consideração as circunstâncias de tempo e lugar nas quais ocorreu o fato.

Essa avaliação seria feita para todas as ocasiões em que se observasse a necessidade de verificação do comportamento culposos, da conduta comissiva ou omissiva que estaria sendo atribuída ao sujeito, havendo desconsideração de toda peculiaridade própria subjetiva do sujeito, podendo ele ser capaz ou não de entender e querer.

Contudo, atualmente, conforme as jurisprudências, é cediço que elas não correspondem ao padrão descrito acima, de apenas avaliar o sujeito de forma objetiva, sem que sejam observadas suas peculiaridades próprias. É de extrema

⁵³ CORDOBA RODA, 1977 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 90.

⁵⁴ BUSSANI, Mauro. **As Peculiaridades da Noção de Culpa**: um estudo de direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 09.

relevância a observação de critérios subjetivos nos julgamentos, como, por exemplo, no caso de portadores físicos que causam um acidente, menores capazes de entendimento e que apresentam vontade de cometer conduta criminosa, doentes mentais e outros que não possuem capacidade penal de discernimento de suas condutas, sujeitos que apresentam experiência em determinado quesito para cometimento de ilícito penal, os que possuem informações privilegiadas e força física, características não comuns ao homem médio, entre outros.

Dessa forma, mesmo nos casos que seja julgada culpa *levis* pelo critério objetivo, é possível que, à luz das peculiaridades subjetivas psicofísicas do agente, o juiz compreenda que há a existência de culpa grave na conduta praticada.

A culpabilidade jurídico-penal tem como objeto de referência as normas jurídicas. Sobre esse objeto incide um juízo de reprovabilidade traduzido em uma conduta típica não justificada, que contradiz o ordenamento jurídico, pois não é acompanhada de um tipo permissivo.

Assim, a antijuridicidade é a reprovação da conduta que contradiz a norma. Já a culpabilidade é o juízo de valor que incide sobre o autor do fato injusto ou ilícito, de acordo com a exigibilidade jurídica que lhe aguarda.

Ainda se dá o juízo de valor negativo à culpabilidade a respeito da inimputabilidade do agente, quando ele não possui discernimento da conduta, tornando-se assim impossível exigir que ela ocorra conforme o ordenamento jurídico.

Casos em que o indivíduo que comete fato típico ilícito não seja menor nem doente mental constituem duas circunstâncias que determinam que eles não compreendem o caráter ilícito do fato, ou não atuam conforme esse entendimento, ou não atuam com erro de proibição inevitável, o que acarretaria também a exclusão da consciência da ilicitude do fato e justificaria a reprovabilidade.⁵⁵

O destinatário desse juízo de reprovabilidade é o agente, porém é construído a partir da conduta por ele praticada, considerando as circunstâncias

⁵⁵ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 92-93.

fáticas que o cercaram. Aníbal Bruno determina que é o suporte “[...] que exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma”.⁵⁶

O fundamento do juízo de culpabilidade jurídico-penal se baseia na capacidade que o indivíduo tem de formar sua vontade, no momento da ação ou omissão, e manifestá-la a favor do direito ou contra ele, o que se denomina concepção normativa.

O juízo de reprovabilidade que incide sobre fato antijurídico parte do pressuposto de que o indivíduo desfruta de um grau de liberdade em razão de sua racionalidade e possibilidade de conhecimento a respeito de sua conduta ilícita, sendo esse um sujeito psiquicamente são e moralmente maduro podendo, assim, haver o reconhecimento da responsabilidade penal. Sem essa capacidade do sujeito, é impossível falar em reprovação jurídico penal, pois se extingue o sentido do direito penal.

Segundo o determinismo histórico,⁵⁷ a segunda fase da Escola Positivista do Direito Penal configura o crime como consequência de uma série de elementos físicos, sociais e econômicos. A responsabilidade do fato típico, antes de ser do indivíduo, é de toda a sociedade e, portanto, tem natureza histórico-social.

Para a dogmática jurídico-penal moderna, não há comprovação nem determinação de um indeterminismo absoluto, nem de um determinismo radical, o que faz com que o Direito Penal opte pelo princípio da responsabilidade pessoal do indivíduo na sua correlação com os valores jurídico-penais estabelecidos na norma.⁵⁸

Com isso, o Direito Penal defende o reconhecimento da responsabilidade do indivíduo psiquicamente são, moralmente maduro, em decorrência de sua vida em sociedade, que possa ter conhecimento da ilicitude de sua conduta, a quem possa ser feita a exigência de agir conforme o direito. Apenas nessa hipótese incide a culpabilidade.

O indivíduo existe no meio da necessidade, da causalidade, mas convive no universo dos valores e no mundo da liberdade. A partir daí, surge o ato de

⁵⁶ BRUNO, 1978 apud TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade:** concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Ribeirão Preto: Minelli, 2002. p. 30.

⁵⁷ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 45

⁵⁸ Ibidem, p. 45.

decisão pessoal, como forma de controle das forças causais, cegas e instintivas. Dessa forma, é certo que o indivíduo possui a capacidade de decisão, pois vem de sua natureza, podendo ele decidir pelo Direito e não pelo injusto.

Hartman⁵⁹ é um dos poucos autores que enfrenta as questões insolúveis que surgem entre o determinismo e o livre-arbítrio. Ele denomina a solução de alternatividade ou antinomia causal, que significa que a liberdade humana não pode pertencer ao reino das necessidades nem das leis causais, pois é inerente ao espírito. Desse modo, a valoração de um comportamento ou de uma conduta como lícita, ética, reprovável, ou não, só pode se relacionar a uma vontade que seja determinada por representações e valores e não por fatores causais.

Hans Welzel,⁶⁰ que trabalha com esse tema de liberdade e independência do espírito humano na área da responsabilidade ética, jurídica e social, determina que o “atuar humano não é causal, mas exercício de atividade final”.

Com a existência do mundo de representações de valores, o ser humano possui domínio do seu fazer e o conhecimento do seu suceder causal, elegendo assim os meios a fim de obter o fim a que se propõe.

Welzel⁶¹ defende ainda que, no início dos anos 1930, a vontade como ação não podia ser reduzida a apenas um fenômeno psíquico, determinado por eventos e imposições sociais e econômicas. A ação não era um fato causal, e sim um exercício da atividade final. Sustenta ainda que, em outra estrutura ontológica da personalidade humana, há a presença do espírito, em que se encontra a finalidade do seu querer, a liberdade e a consciência do indivíduo, cuja função é determinar que o sujeito deve agir de forma correta.

2.2 Juízo de reprovabilidade

A consciência exerce a função de controle a respeito dos impulsos naturais que entram na constituição da vontade, podendo alguns desses impulsos sofrer restrições e limitações devido à moral e à ética. Desse modo, o

⁵⁹ HARTMAN, [196?] apud MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 48.

⁶⁰ WELZEL, 1980 apud MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 48.

⁶¹ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 49.

juízo de reprovação incide somente quando há ausência de uma atividade de controle da consciência em relação às tendências causais e instintivas da natureza humana.

Quando há a formação de uma vontade que seja contrária ao ordenamento jurídico, em que o agente é capaz e conhece a ilicitude do fato praticado, configura-se o objeto sobre o qual incide a culpabilidade jurídico-penal.

Contudo, se o indivíduo não for capaz de evitar o injusto, pode agir tanto de forma dolosa como culposa, em função de doença mental, de menoridade, de embriaguez completa ou ainda em razão de força maior ou caso fortuito. Na possibilidade de erro de proibição inevitável ou de falta de exigência de que o sujeito aja conforme a norma, não se pode falar em reprovabilidade penal.

Com isso, a tendência da doutrina moderna é a de afastar a culpabilidade jurídico-penal em relação ao determinismo e livre-arbítrio. Não se discute mais a liberdade de vontade e o princípio de responsabilidade pessoal, pois, quando se negam esses fenômenos, se nega o próprio Direito Penal.

Quando se imputa uma conduta injusta a um indivíduo, no âmbito da culpabilidade, fica implícita a existência de um juízo negativo a certos quesitos que podem excluir o agente de uma possível reprovabilidade.

Nos casos em que o indivíduo não se insere em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 26 do Código Penal,⁶² não é portador de doença mental, ou não possui desenvolvimento mental incompleto, é capaz de entender o caráter ilícito do fato, será imputável, pois há a capacidade de culpa.

A culpabilidade normativa é o juízo de valor que incide sobre uma realidade de fato em consequência da relação psíquica do agente com o fato, sendo um juízo de desvalor sobre a vontade contrária a um dever jurídico.

Os pressupostos para o juízo de reprovação são: capacidade de decisão ou autodeterminação do indivíduo, capacidade de atuar corretamente quando pode conformar a sua conduta ao mandamento normativo e capacidade de

⁶² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

apreender valores, compreendendo na consciência a capacidade de ajuizar valores, tendo como objetivo da culpabilidade a conduta típica e não justificada.⁶³

O juízo de censurabilidade que se dá por intermédio do processo legal não pode ater-se a uma extensa biografia do suposto autor do delito, pois isso faz com que o julgador penetre em outras áreas de conhecimento ou em outras vertentes dos fatos, como considerar fatores antropológicos, na tentativa de isentar o indivíduo da responsabilidade penal por meio de uma análise do criminoso nato ou da tendência criminógena do acusado decorrente de má formação de sua estrutura psíquico-física, desde o ventre materno.⁶⁴

Conforme a teoria normativa pura da culpabilidade,⁶⁵ na concepção finalista é o puro juízo de reprovação que surge ao lado do dolo e da culpa, despida de fenômenos fáticos e psicológicos e constituída de três elementos, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta ajustada ao Direito.

Nesse juízo de reprovação que incide sobre o tipo culposo ou doloso, o julgador pode, de acordo com o quesito de capacidade de autodeterminação do indivíduo, avaliar o teor da reprovabilidade da conduta, que estará ligada diretamente a maior ou menor exigência a respeito do agente agir conforme a norma. Caso a capacidade do agente de autodeterminação e de se comportar conforme o direito esteja reduzida, castrada ou limitada, a reprovabilidade jurídica será em grau reduzido. Se essa capacidade for ampla, a reprovabilidade será maior.⁶⁶

Dessa forma, a potencial consciência da ilicitude do fato passou a ser um elemento central da culpabilidade. A partir daí, a teoria final da ação significa o conjunto de elementos pessoais que compõem a vontade de agir em contradição à norma e tornam a ação ilícita diante do ordenamento jurídico.⁶⁷

Como consequência dessa teoria normativa pura da culpabilidade, o dolo passa a ser entendido como dolo do fato, vontade tipificada e finalidade tipificada. No momento em que o dolo passa a ser elemento central do injusto

⁶³ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 53.

⁶⁴ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 54.

⁶⁵ Ibidem, p. 67.

⁶⁶ Ibidem, p. 67.

⁶⁷ Ibidem, p. 67.

penal, como fundamento subjetivo do tipo doloso, à consciência do injusto é atribuída a mesma relevância no âmbito da culpabilidade.

Concluindo, a teoria pura normativa considera a imputabilidade, ou seja, a capacidade psíquica de entendimento e determinação do fato típico como componente do conceito de culpabilidade, a qual vem juntamente da potencial ilicitude do fato e da exigibilidade da conduta conforme a norma.⁶⁸

As causas que excluem a culpabilidade do Código Penal atual são: erro de proibição inevitável, previsto no artigo 21; coação irresistível e obediência hierárquica, no disposto do artigo 22; inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, nos termos do artigo 26; inimputabilidade pela menoridade, artigo 27; e inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou doença maior, previstos no artigo 28, II, §1º.⁶⁹

2.3 Inimputabilidade e semi-imputabilidade

O CP estabelece duas possibilidades de considerar um indivíduo inimputável. A primeira é dada por doença mental e a segunda por imaturidade natural.⁷⁰

No que tange à inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, o artigo 26, *caput* do CP determina que aqueles que sofrem desses elementos, no momento da prática do delito, devem ser isentos de pena.

A expressão “doença mental” é criticada por Nelson Hungria,⁷¹ que afirma:

O título ‘alienação mental’, ainda que tivesse um sentido incontroverso em psiquiatria, prestar-se-ia, na prática judiciária, notadamente no tribunal de juízes de fato, a deturpações e mal-entendidos. Entre gente que não cultiva a ciência psiquiátrica, alienação mental pode ser entendida de modo amplíssimo, isto é, como todo estado de quem está fora de si, alheio a si, ou de quem deixa de ser igual a si mesmo, seja ou não por causa patológica. [...] A preferência pela expressão ‘doença mental’ veio de que esta, nos tempos mais recentes, já superado em

⁶⁸ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 69.

⁶⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 396.

⁷¹ HUNGRIA, 1958 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 396-397.

parte do critério de classificação que aludia Gruhle, abrange todas as psicoses, quer as orgânicas tóxicas, quer as funcionais (funcionais propriamente ditas e sintomáticas), isto é, não só as resultantes de processo patológico instalado no mecanismo cerebral precedentemente são (paralisia geral progressiva, sífilis cerebral, demência senil, arteriosclerose cerebral, psicose traumática, etc.) ou toxinas metabólicas (consecutivas a transtornos do metabolismo produzidos por infecções agudas, enfermidades gerais, etc.), como também as que representam perturbações mentais ligadas ao psiquismo normal por transições graduais ou que assentam, como diz Bumke, muito verossimilmente sobre anomalias não tanto da estrutura quanto da função do tecido nervoso ou desvios puramente quantitativos, que nada mais traduzem variedades da disposição física normal, a que correspondem funcionalmente desvios da normal conduta psíquica (esquizofrenia, loucura circular, histeria, paranoia).

Não basta apenas possuir doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é necessário ainda que se verifique se o indivíduo era totalmente incapaz de entender a ilicitude de sua conduta ou de se autodeterminar no momento da ação ou omissão.⁷²

Nota-se que a incapacidade de imputabilidade se baseia em critérios biopsicológicos e esse método de determinação é denominado de método misto.⁷³

Para determinar se o agente é inimputável nesse sentido é necessário que seja realizado um laudo médico-pericial, determinado pelo artigo 149 do Código de Processo Penal (CPP),⁷⁴ que comprove que tais características o tornem completamente incapaz de entendimento ou autodeterminação a respeito da ilicitude do fato no momento da ação ou omissão.

A perícia é um instrumento para comprovar de forma concreta a incapacidade do indivíduo de reconhecer a ilicitude da conduta e é utilizada pelo julgador, pela defesa e pela promotoria, podendo ser realizada tanto na fase de inquérito policial como na ação penal, em qualquer momento em que emergirem dúvidas sobre a sanidade do agente.

Se a dúvida surgir por parte do julgador, ele deverá determinar o exame pericial de ofício. Se a indagação partir da defesa, ela pode requerer a perícia

⁷² HUNGRIA, 1958 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 397.

⁷³ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 104.

⁷⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

médico-psiquiátrica e, se esse requerimento for indeferido pelo juiz, configurar-se-á um cerceamento de defesa que deverá ser sanado por *habeas-corpus*.

Na hipótese de ausência de capacidade psíquica de entendimento da ilicitude da conduta ou de autodeterminação, devido à doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, previsto no artigo 26 do CP combinado com o artigo 386 do CPP, dá-se sentença absolutória, tecnicamente denominada sentença absolutória completa, pois há a aplicação de medida de segurança por parte do julgador.⁷⁵

Nesse caso, não é possível requerer a condenação do réu, uma vez que ele será absolvido em vista da inimputabilidade, que tem como consequência a isenção de pena. Mesmo assim pode-se requerer a aplicação de medida de segurança por parte da promotoria.⁷⁶

Caso o fato praticado pelo inimputável tenha pena de reclusão, a medida de segurança pode ser aplicada, sem tempo determinado, até ser considerada cessada a periculosidade do indivíduo, em hospital de custódia psiquiátrico.

Contudo, se a conduta praticada pelo inimputável apresentar pena de detenção, o juiz pode decidir por tratamento ambulatorial que dispensa a internação, devendo ser determinada a cessação da periculosidade no prazo de um a três anos.

Quando a periculosidade do agente for considerada extinta, pela perícia médico-legal, o juiz determinará a revogação da medida de segurança aplicada. No caso de reclusão, haverá a desinternação do agente e, na situação de detenção, será suspenso o tratamento médico-ambulatorial. Com isso, aplicar-se-á uma forma de livramento condicional, previsto no artigo 132 e 133 da Lei 7.210/84.⁷⁷

A teoria final da ação juntamente com a teoria normativa da culpabilidade fazem uma distinção entre a capacidade psíquica de ação e a capacidade psíquica da imputabilidade.⁷⁸ A inimputabilidade, prevista no artigo 26 do CP, diz

⁷⁵ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 105.

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 401.

⁷⁷ BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁷⁸ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 106.

respeito à ausência de capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se perante esse entendimento. Para tais teorias, é excluída a consciência da ilicitude do fato devido à doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, porém não é excluída a capacidade psíquica para a ação em um fato que, embora doloso, não se verifique a presença da culpabilidade.

Dessa forma, persiste uma relação psíquica entre o agente e o fato. Porém, como a vontade do agente provém de uma doença mental não podendo assim se conformar ao direito, sua ação é inculpável. É, portanto, um mero processo psicológico, tendo a legislação se baseado em dados biopsíquicos e cronológicos, com intensidade suficiente para retirar totalmente a capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente.⁷⁹

Quando isso não acontece, ou seja, quando o agente tem discernimento para praticar sua conduta, ocorre o injusto típico, sendo esse reprovável, visto que o indivíduo agiu contra a norma, quando podia tê-lo feito em conformidade com ela. Visto isso, é cediço que a reprovabilidade de uma conduta só tem sentido se o agente não se motiva pelo Direito.⁸⁰

Ocorre, contudo, que o parágrafo único desse mesmo artigo determina que na hipótese de a capacidade psíquica de entendimento da ilicitude de sua conduta e autodeterminação do agente for apenas reduzida, não se verificando totalmente ausente, advinda de uma perturbação mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ele será um semi-imputável.

Percebe-se que há uma alteração terminológica pelo legislador, entre o *caput* e o parágrafo único do artigo 26 do CP, que trata de uma perturbação mental e não “doença mental”, além do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, versando sobre certos tipos de enfermidade mental que possam vir a reduzir o entendimento do caráter ilícito do fato.

Isso por sua vez não acarreta ausência de discernimento, e sim apenas sua redução, uma ausência de maturidade psíquica em função dessa perturbação.

Esse dispositivo determina que a pena poderá ser diminuída de um a dois terços. A partir desse entendimento, nota-se mais uma divergência do *caput*

⁷⁹ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 107.

⁸⁰ Ibidem, p. 107.

desse artigo, com base na qual pode-se requerer a condenação do réu. Nesse instante, o semi-imputável pratica um fato ilícito, típico e culpável, contudo, devido à redução das capacidades mentais, sua pena será reduzida.⁸¹

Neste caso, o juiz terá duas alternativas: a aplicação de medida de segurança ou da pena reduzida, conforme as peculiaridades do agente e o grau da perturbação mental sofrida, sempre observando os §§ 1º ao 4º do artigo 97 do CP.⁸²

Na hipótese de o crime cometido ter pena de reclusão e for decidida a medida de segurança, o agente será internado em manicômio judiciário, em vez de tratamento ambulatorial, no intuito de aplicar-se medida de segurança detentiva, por tempo estabelecido pelo juiz. Se o indivíduo praticar crime apenado por detenção, terá tratamento ambulatorial, no qual terá uma limitação em sua liberdade, porém não será privado totalmente dela.

Na avaliação da culpabilidade, o juiz deve analisar a consciência da ilicitude do delito e a autodeterminação do indivíduo no momento da ação/omissão. Quando essas circunstâncias estão presentes, não é possível falar em inimputabilidade e, portanto, em isenção de pena.

No entanto, se ocorre a ausência de ambas, ou caso o indivíduo sofra de perturbação psíquica, é possível haver a isenção da pena, nos termos do *caput*, ou uma redução de pena, visto que o agente seria semi-imputável, com fundamento no parágrafo único do mesmo artigo. Cabe assim ao julgador analisar o caso concreto para uma aplicação de pena justa, na intenção do não cometimento do injusto típico.

⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1. p. 402.

⁸² MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 116.

3 A NECESSIDADE TÍPICA DO INFANTICÍDIO

Como exposto anteriormente, existem três critérios de conceituação legislativa do infanticídio: o psicológico, que seria por motivo de honra, revogado pelo CP; o bio-psicológico, que trata do delito cometido sob influência do estado puerperal, vigente no CP atual; e o sistema misto, que leva em consideração o motivo de honra e o critério biopsicológico, presente no Anteprojeto de CP de Nelson Hungria, de 1963.⁸³

Sabe-se desde já que a vida de um recém-nascido é um bem jurídico de extrema relevância, muito acima do motivo de honra defendido antigamente, sendo esse o motivo da revogação. O objeto jurídico desse delito é o direito à vida do neonato, o qual acabou de nascer, ou do nascente, cuja morte ocorre durante o parto.

Trata-se, pois, de um crime próprio, de dano, material, instantâneo, comissivo ou omissivo impróprio, principal, simples, de forma livre e plurissubsistente. Sendo assim, seu sujeito ativo a mãe, o sujeito passivo o neonato ou nascente, havendo ainda a possibilidade de que terceiro responda por infanticídio diante do concurso de agentes.⁸⁴

Sabe-se que a elementar desse crime é estar sob influência do estado puerperal, que nada mais é do que um conjunto de perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do parto realizado. Para isso, há a necessidade de uma relação de causalidade entre a morte do recém-nascido e esse estado.

Damásio afirma que não há incompatibilidade entre o tipo do infanticídio e o artigo 26 do CP conjuntamente com seu parágrafo único, que versa sobre a inimputabilidade e a semirresponsabilidade.⁸⁵

As hipóteses que podem ocorrer no Código vigente são: se, em consequência do estado puerperal, a mulher vem a ser portadora de doença mental, perdendo total discernimento e causando a morte do próprio filho, aplica-se a inimputabilidade, causando a exclusão da culpabilidade da agente; se, em consequência desse estado, a mulher sofre apenas uma perturbação na saúde

⁸³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

⁸⁴ Ibidem, p. 142.

⁸⁵ Ibidem, p. 139.

mental, que não lhe retire inteira capacidade de entendimento e autodeterminação, aplica-se o parágrafo único do artigo 26 do CP, desde que se comprove que ela tem perturbação psicológica patológica, respondendo assim por infanticídio com a pena atenuada; e, por fim, a última hipótese é a de quem, caso a parturiente venha sofrer uma simples influência psíquica, responde pelo delito em tela, previsto no artigo 123 do CP, sem atenuação de pena.

Com isso, se o puerpério não causar nenhuma perturbação psicológica à mãe, e ela mesmo assim mata o próprio filho, estará praticando o crime de homicídio.

Sabe-se ainda que o infanticídio só é punível a título de dolo, ou seja, desde que a mãe tenha vontade de que o nascente ou neonato morra. Pode dar-se de forma direta, na qual ela causa a morte do filho, ou de forma eventual, na qual assume os riscos de lhe causar a morte. Portanto, não há infanticídio culposos.

3.1 Do homicídio, da inimizabilidade e da semi-imizabilidade

Ante o exposto acerca do crime do infanticídio, com todas as suas características e condicionantes, comparemos com os outros tipos penais previstos no CP e abordados acima, os que versam sobre o homicídio e a inimizabilidade.

O homicídio é a destruição da vida de alguém praticada por outro, estabelecido no artigo 121 do CP como “matar alguém”. Em seu §1º, encontra-se o tipo privilegiado, quando o agente comete o crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob violenta emoção por injusta provocação da vítima, podendo assim o juiz reduzir a pena de um sexto a um terço.⁸⁶

Já o §2º trata do tipo na forma qualificada, quando o crime é cometido por meio de promessa de recompensa, ou por motivo torpe: motivo fútil; mediante meio cruel, ou que possa resultar perigo comum, ou mediante outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido; ou para assegurar a execução,

⁸⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, com a pena de reclusão de 12 a 30 anos.⁸⁷

Nota-se que, no §1º, se analisarmos a conduta de matar alguém impelido por motivo de relevante valor social ou moral, pode haver uma diminuição de pena. Dessa forma, pode-se notar que ainda há a presença de *causa honoris* ao matar um indivíduo. Portanto, aplicando-se isso no caso de a mãe matar o próprio filho, ainda que não se observe a influência do estado puerperal, ela responderá pelo delito de homicídio e ainda terá a redução na pena por *causa honoris*.

Por outro lado, em seu §2º, na forma qualificadora, o Código Penal defende que, se o homicídio for cometido por motivo torpe, por meio que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, a pena é maior. Ao se aplicar o mesmo caso descrito acima a essa hipótese, a mãe com seu discernimento e capacidade de autodeterminação deve responder pelo homicídio qualificado, que, por sua vez, é considerado crime hediondo.

Ainda, o artigo 61, inciso II, do Código Penal Brasileiro, determina as situações que agravam a pena do crime cometido. Nesse dispositivo, encontram-se três alíneas que se encaixam na hipótese do caso em tela, e que agravariam a pena da mãe que mata o próprio filho: alínea “a”, quando o crime é cometido por motivo fútil; “e”, contra ascendente, descendente ou cônjuge; e, por fim, “h”, contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida.⁸⁸

O homicídio é um crime comum, material, simples, de dano instantâneo e de forma livre.⁸⁹

A inimputabilidade, por sua vez, é prevista no artigo 26 do Código Penal Brasileiro⁹⁰, cujo dispositivo defende que é inimputável e, portanto, isento de pena aquele que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era, no momento da ação ou omissão, capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁸⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁸⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra e pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

⁹⁰ BRASIL, op. cit.

Como consequência jurídica para os crimes praticados por inimputáveis, existe a medida de segurança, que tem como fundamento a periculosidade do agente e a ausência de culpabilidade.

Dessa forma, a imputabilidade contém um juízo sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do autor, não sendo assim suscetível de percepção, principalmente por terceiros, visto que não é um objeto de conhecimento teórico, necessitando de uma análise subjetiva.⁹¹

Assim, no caso de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é necessário um laudo médico-legal que comprove alguma alteração psíquica ocorrida com o agente e, com isso, possa determinar se houve ou não culpa durante a conduta delituosa.

Consequentemente, a imputabilidade deve existir no momento da prática do crime, não cabendo uma imputabilidade subsequente, ou seja, não sendo imputável se após a ocorrência readquirir a normalidade psíquica.

Sabe-se também que a culpabilidade é composta de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Sendo assim, na ausência de um desses requisitos, não há culpabilidade, devendo assim o sujeito ser absolvido.

O parágrafo único do artigo 26 do CP⁹² estabelece uma redução de pena de um a dois terços no caso de o agente ter uma perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não sendo inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, que tenha um entendimento parcial, mas que essa perturbação não exclua totalmente o seu discernimento.

Nesse dispositivo, encontram-se os semi-imputáveis, os quais não estão sujeitos a uma ausência de culpabilidade e sim a uma redução dela, assim como da pena.

Como já demonstrado acima e no Capítulo 1, acerca do estado puerperal, sabe-se que ele causa uma perturbação mental que pode retirar o discernimento da parturiente, total ou parcialmente. Assim, durante a prática do infanticídio, a

⁹¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 469.

⁹² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

parturiente pode ter a perda total ou parcial de sua autodeterminação e da capacidade de entender o caráter ilícito do delito por ela cometido, o que, por analogia, se relaciona com o exposto sobre os inimputáveis e semi-imputáveis por doença mental ou perturbação mental. O que irá definir é o grau de perturbação que a mãe tenha sofrido.

Não basta apenas a presença da doença mental para que a parturiente seja inimputável. Ainda é necessária a existência de sofrimento mental durante a conduta delituosa que provoque uma das duas incapacidades, seja a que se relaciona a cognição, seja a ligada à vontade. Mesmo que evidenciado o dolo, e sem qualquer excludente de ilicitude, se comprovada a inimputabilidade penal, a agente será isenta da pena do crime que cometeu e absolvida. Receberá uma medida de segurança que não irá ter um caráter retributivo da pena e sim finalidade curativa, que requer a recuperação da agente que possui tal sofrimento mental.⁹³

Para a psicanálise, na primeira de todas as fases da maternidade que seria o período durante e ao final da gravidez, estaríamos lidando com uma condição muito especial da mãe, um estado psicológico a qual Winnicott⁹⁴ denominou como Preocupação Materna Primária.

Esse passa a ser um estado de uma sensibilidade exacerbada, com duração de algumas semanas após o nascimento do bebê, sendo assim de difícil recordação da parturiente, um vez ultrapassada essa fase. Nela a memória da mãe a esse respeito tende a ser reprimida, visto o trauma sofrido.

Essa condição, que seria uma doença no caso de não existir uma gravidez, poderia ser

Comparada a um estado de retraimento ou de dissociação, ou a uma fuga, ou mesmo a um distúrbio num nível mais profundo, como por exemplo um episódio esquizóide, onde um determinado aspecto da personalidade toma o poder temporariamente.⁹⁵

Dessa forma, acredita-se ser quase impossível compreender o funcionamento da mãe na vida inicial do bebê, se desprezar este estado de sensibilidade extrema, quase uma doença, e recuperar-se dele.

⁹³ COSTA, Bruna Santos. **Mulheres e infanticídio**: a interface entre o Direito e a Psiquiatria. Brasília: ProC-UnB/CNPq, 2011. p. 4

⁹⁴ WINNICOTT, Donald Woods. **Da Pediatria à Psicanálise**: obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 401.

⁹⁵ WINNICOTT, Donald Woods. **Da Pediatria à Psicanálise**: obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000. p. 401.

Winnicott⁹⁶ utiliza a palavra doença visto que a mãe deve ter saúde o suficiente tanto para desenvolver essa condição quanto para se recuperar dela a medida que o bebê fique mais independente. Caso ele morra, esse estado da genitora irá revelar-se uma doença. Esse é um risco que ela corre.

Na condição descrita, de extrema sensibilidade, a mãe passa a se sentir no lugar do bebê e assim corresponder às suas necessidades, que a princípio são físicas e gradualmente se transformam em um carecimento de ego, a partir de que as experiências de suas demandas físicas emergem uma psicologia.

Vista essa emoção exacerbada, que poderia ser considerada uma doença, caso a mulher não estivesse grávida, é possível fazer uma correspondência dessa com uma doença mental ou uma perturbação mental, descrita no dispositivo do CP que versa sobre os inimputáveis e semi-imputáveis.

3.2. Os problemas do infanticídio

Como já citado no capítulo 1, conforme a exposição de motivos da parte especial do Código Penal, o infanticídio é um *delictum exceptum*, visto que é praticado pela parturiente sob influência do estado puerperal, o que não significa que o puerpério sempre acarrete perturbação psíquica, mas que fique averiguado, caso ela ocorra, que a diminuição na capacidade de autodeterminação da parturiente tenha sido em consequência desse estado. Sem isso, não há porque diferenciar infanticídio de homicídio, mesmo que ocorra por *causa honoris*, e a pena aplicada deve ser a de homicídio.

Observa-se que surge um problema ao comentar-se a influência do estado puerperal e que nem sempre o puerpério causa uma perturbação psicológica.⁹⁷

Primeiramente, o contratempo existente é a relação entre o “durante” e o puerpério/estado puerperal, que é a fase posterior ao parto. Sabe-se que o puerpério é o período que decorre desde o parto até que os órgãos genitais e o estado geral da mulher voltem às condições anteriores à gestação. Disso entende-se que o estado puerperal ocorre nesse período, após o parto. Assim,

⁹⁶ Ibidem, p. 401.

⁹⁷ MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio: crime ou ficção jurídica?**. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 31.

é gerada uma dúvida sobre a expressão durante, visto que a parturiente não atingiu o estado puerperal/puerpério no momento em que está parindo.

Outro problema observado é quando o dispositivo utiliza em seu *caput* o termo “logo após”. Há muita divergência na interpretação do texto, visto que uns defendem que esse período seria imediatamente após a saída fetal do corpo da mãe, e outros doutrinadores acreditam que é o lapso temporal até a volta do organismo da mulher à normalidade do ciclo menstrual.⁹⁸

Sabe-se que o estado puerperal abrange dois períodos: o secundamento, que corresponde à saída da placenta, e o quarto período que se refere a um intervalo de tempo entre 1 e 2 horas do secundamento, podendo ou não acarretar o resto do período do puerpério. A adversidade que surge seria avaliar até que fase vai o termo “logo após”.

Por fim, outro obstáculo nesse sentido seria a comprovação do estado puerperal e informações sobre como ele ocorre, que é de extrema dificuldade, não havendo consenso do ponto de vista médico-pericial, doutrinário e jurisprudencial sobre sua existência e duração. Também não é possível determinar se pode haver um período lúcido durante o estado puerperal ou se ele é contínuo.

Isso não significa que esse estado não seja real, apenas é uma situação que oferece dificuldades em sua caracterização e seu entendimento.

3.3. A análise típico-normativa do infanticídio

O ponto principal dessa problemática é que a situação prevista no infanticídio propõe diversos questionamentos, sobre o qual não há um entendimento unificado. Consequentemente, observa-se que ele possui tutela em outros dispositivos do Código Penal, como é o caso do homicídio, imputabilidade ou semi-imputabilidade, que, quando combinados, podem determinar uma redução de pena ou até mesmo sua isenção pelo grau de influência do estado puerperal, considerado uma perturbação psíquica, assim

⁹⁸ MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 184.

como determina o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal e o que estabelece o tipo do infanticídio.⁹⁹

Isso segue também o princípio da continuidade normativo-típica, segundo o qual uma norma é revogada, mas a conduta continua sendo crime pela Lei revogadora.

Esses dispositivos inclusive já garantem uma pena justa em situações diversas em que a mãe mata o próprio filho. Como no caso em que o estado puerperal agrava doença mental pré-existente, acarretando a conduta de matar o filho, situação em que a parturiente é considerada inimputável, pois não possuía nenhum discernimento de sua conduta. Quando ela não sofre influência do estado puerperal, responde por homicídio, visto que matou o próprio filho por motivo torpe, fútil. E, por fim, na hipótese desse estado apenas causar uma perturbação mental, sem retirar totalmente o discernimento, podem-se combinar assim os dois crimes supracitados, o que por analogia representaria o infanticídio.

Culpabilidade, no mais amplo sentido, é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que havia realizado. O juízo de culpabilidade expressa a consciência ilícita que traz consigo o fato cometido, e se lhe atribui a pessoa do infrator. A desaprovação jurídica do ato se soma a que recai sobre o autor.¹⁰⁰

Dessa forma, cabe ao julgador realizar o juízo de reprovabilidade, para avaliar o grau de culpabilidade que incide sobre o autor do delito, e definir se ele é culpável ou não e, no caso em tela, definir ainda se a parturiente será ou não inimputável, ou semi-imputável, hipótese em que haveria uma diminuição de pena.

O infanticídio é um crime que fora criado para a defesa da *causa honoris* antigamente, não tendo mais relevância nos dias atuais, e, ao alterar sua redação, na defesa do estado puerperal, surgiram diversos problemas quanto à sua interpretação, tornando-se assim um tipo desnecessário.

Sendo assim, não há por que mantê-lo no Código Penal, visto que o seu possível enquadramento em dois outros tipos penais já existentes e relevantes, leva à substituição desse crime por analogia.

⁹⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹⁰⁰ VON LISZT, 1929 apud TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade**: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Ribeirão Preto: Minelli, 2002. p. 38

Existem dois projetos de Lei que preveem a alteração do Código Penal Brasileiro. O primeiro é o Anteprojeto de Lei de 1998,¹⁰¹ que defende uma reforma no CP, com a mudança do dispositivo 123 e o outro é o projeto de Lei número 1.262 de 2003,¹⁰² que determina a revogação desse artigo.

A reforma proposta pelo anteprojeto de 1998 é demonstrada a seguir:

Reforma do Código (anteprojeto de Lei)

[...] Homicídio Art. 121. Matar alguém: Pena - Reclusão, de seis a vinte anos. Forma qualificada

§ 1º Se o crime é cometido: I - mediante paga, promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - por preconceito de raça, cor, etnia, sexo, condição física ou social, religião ou origem; IV - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; V - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; VI - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; VII - por grupo de extermínio: Pena - Reclusão, de doze a trinta anos.

Diminuição de pena § 2º A pena é diminuída de um sexto a um terço, se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violência emocional, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

[...]

Infanticídio Art. 123. Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência perturbadora deste. Pena - Detenção, de dois a quatro anos.¹⁰³

Esse anteprojeto segue até o artigo 409, porém o restante do conteúdo não é o objeto do presente trabalho e não será aqui descrito.

Nota-se na exposição acima que o artigo 123 possui duas alterações, tanto no que se refere ao estado puerperal, cuja expressão é substituída por “sob a influência deste”, quanto à dosimetria da pena, que passa a ser detenção de dois a quatro anos, em vez de dois a seis anos.

É possível que nesta alteração proposta caibam duas interpretações: a primeira de o estado puerperal velado, visto que suas características são muito variáveis, como por exemplo sua dificuldade de comprovação, destempo, entre outras e a segunda sugere que todo o parto possui influência perturbadora,

¹⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados, 1998, apud MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 117.

¹⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados, 2003 apud MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 121.

¹⁰³ BRASIL. Câmara dos Deputados, 1998, apud MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 117.

fazendo com que o crime só seja perpetrado no caso de o parto ter influenciado seletivamente para o deslinde letal.¹⁰⁴

O que ocorre neste segundo entendimento é o que já se sabe, através da obstetria e medicina legal, que o fato de o parto causar sempre uma perturbação psicológica é uma inverdade e, conseqüentemente, partos que não possuem assistência, por gravidez desonrosa, ilegítima, também podem acarretar perturbação psicológica, o que voltaria na ideia do infanticídio por *causa honoris*.

Sabe-se ainda que no anteprojeto proposto, assim como no vigente atualmente, no artigo 121, a diminuição de pena pode se dar por valor social ou moral, ainda garantindo uma pena menor aos que matam por motivo de honra.

Já o Projeto de Lei número 1.262 de 2003, do Deputado José Divino, tem o intuito necessariamente da revogação do artigo 123 do Código Penal, como demonstrado abaixo:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1 Fica revogado o art. 123 do Decreto-Lei n 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Parágrafo Único o crime tipificado no artigo revogado passa a ser imputado com base no disposto no art. 121, do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal Brasileiro.

Art. 2 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.¹⁰⁵

Nas justificativas utilizadas pelo legislador,¹⁰⁶ foi demonstrado que o infanticídio era um crime entre povos antigos que variava da impunidade às penas mais severas, depois de vários tipos de suplícios.

Com o passar do tempo, tornou-se um crime autônomo, adaptando-se à evolução da sociedade, cabendo uma pena especial para a agente ativa, que se encontraria em uma condição privilegiada em relação à da homicida, pela piedade que a *causa honoris* lhe causava.

Esse elemento do crime foi retirado e substituído pela influência do estado puerperal, que é o que vigora atualmente. Porém, pelo entendimento do legislador, a *causa honoris* nunca foi totalmente excluída, pois ainda os Tribunais

¹⁰⁴ MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 118.

¹⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados, 2003 apud MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 121.

¹⁰⁶ MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 123.

continuam prestigiando-a em seus acórdãos, e ainda o infanticídio possui inúmeros problemas, principalmente na identificação do estado puerperal.¹⁰⁷

Dessa forma, esse crime torna-se autônomo e até desnecessário nos tempos de hoje. É cediço que antigamente havia grande importância da *causa honoris* porém, atualmente, diante da evolução da sociedade, mesmo no interior do país, esse motivo não é mais justificável.

Quanto ao estado puerperal, como já citado diversas vezes no presente trabalho, é muito difícil sua comprovação, seu lapso temporal, entre outras circunstâncias que o caracterizem, fazendo assim com que muitos casos de homicídios sejam julgados como infanticídio.

O que diferencia o homicídio do infanticídio é a influência do estado puerperal e o fato de que os sujeitos no segundo crime citado são determinados. O que ocorre é que essas condicionantes, para o legislador, não devem ser supervalorizadas, tratando-se de ordem prática.

Na inexistência desse dispositivo, o julgador pode dispor de dois tipos autônomos, aplicando quando se convencer de que será conveniente. Esses, por sua vez, encontram-se no art. 121, §1º da Lei penal vigente, que se pode entender como *causa honoris*, pelo termo “valor moral”, e a influência do estado puerperal consta no artigo 26 da mesma Lei, em seu parágrafo único, pela expressão “em virtude de perturbação de saúde mental”.¹⁰⁸

Ainda, ao versar sobre a pena, esse parágrafo único do artigo 26 determina que se aplique uma redução em dois terços da pena. Ao considerar-se que o homicídio oscila entre a pena de reclusão de seis a vinte anos, se ambas forem cominadas, a pena obtida seria quase a mesma prevista pelo artigo 123 do CP, só acrescida de 8 meses caso fosse a máxima.¹⁰⁹

Por fim, se o estado puerperal agravasse um estado psicopático pré-existente, de forma que retirasse toda a capacidade de autodeterminação da parturiente, ela seria enquadrada no *caput* do artigo 26 do CP, como inimputável por doença mental.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 123.

¹⁰⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹⁰⁹ MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio: crime ou ficção jurídica?**. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 123.

O legislador defende ainda que, se fossem utilizados todos os recursos disponíveis atualmente para detectar doenças pré-existentes e se fosse feito pré-natal para as gestantes, o infanticídio poderia ser erradicado no Brasil.¹¹⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹¹ prevê em seu artigo 8, §4º que é assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde (SUS), assistência psicológica, no período pré e pós-natal, para prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal, mesmo se as gestantes tiverem interesse em entregar seus filhos para adoção.

Mesmo com toda a relevância deste dispositivo, é de conhecimento geral que essa assistência não ocorre. Se fosse um auxílio real, poderia proteger a gestante e o bebê, na pretensão de evitar doenças, assegurando ao feto um desenvolvimento sadio e uma vida melhor, enquanto recém-nascido.

Ao ser analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação,¹¹² o projeto de Lei 1.262/03 não foi aprovado, defendendo a relatoria o mantimento do artigo 123 no CP, com fundamento de que houve um vício na interpretação do legislador, no que tange ao estado puerperal, que não teve ciência de que a sociedade tem um amparo de uma norma penal, sem alicerce em suas elementares.

Mesmo assim, vê-se uma grande necessidade de reforma desse artigo ou até mesmo de sua revogação, visto que ele encontra suporte muito mais em uma questão histórica, na defesa do infanticídio por motivo de honra, do que nos dias atuais.

Neste sentido, em 17 de junho de 2011, foi requerido pelo Senador Pedro Taques¹¹³ que fosse constituída uma comissão para elaboração do projeto de um Código Penal atualizado, seguindo os ditames da Constituição Federal de 1988, sob alegação de que o direito deve acompanhar a evolução social e, no caso, o CP não acompanhou, estando assim atrasado em relação aos avanços ocorridos na sociedade.

¹¹⁰ Ibidem, p.124.

¹¹¹ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei 8.069/1990. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 27.

¹¹² BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Redação, Sala de Sessões, 2003, Rel. Deputado Ibrahim Abi-Ackel apud MALHEIROS, MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 124.

¹¹³ BRASIL. Senado Federal, 2012 apud MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 128-129.

Dessa forma, em decorrência da existência de lacunas nessa Lei, foram criadas inúmeras Leis esparsas na tentativa de atender a essas necessidades, porém isso apenas gera um prejuízo para a organização e sistematização dos tipos penais, ocasionando uma grande insegurança jurídica, em razão da ausência de um consenso comum das doutrinas, jurisprudências e das variadas interpretações das Leis.

O Senador ainda chama a atenção ao que trata o artigo 123 do CP na defesa de sua reforma:

Depreende-se do requerimento supra, a necessidade da reforma do Código Penal Vigente neste país, que está sendo construída, e com a finalidade de lembrar que o infanticídio, está na mesma esteira de reformulação, é que encaminhamos a Comissão de Juristas com Finalidade de Elaborar Anteprojeto do Código Penal (CJECp) instalada em 18 de outubro de 2011, sugestões legislativas que serão esplanadas em capítulo próprio.¹¹⁴

De acordo com todo o exposto, vê-se o quanto é relevante uma reforma no presente Código, visto que não supre mais as necessidades da sociedade atual, que está em constante transição.

No que diz respeito ao infanticídio, é possível afirmar-se que, do ponto de vista analítico, essa conduta é um crime, pois seria uma atitude humana contrária à Lei, sendo um fato típico, antijurídico e culpável, tanto por ser contra a Lei quanto por poder haver vontade da agente em cometê-lo.

Contudo é necessário atentar-se para o fato de que esse tipo possui conflitos em suas elementares, tanto no âmbito jurídico, como médico-legal, que no caso são a temporal e a biopsicológica.

Ambas não são seguras, no sentido de não terem um entendimento unificado. Não se sabe, assim, determinar o lapso temporal nem a descrição clínica do que seria estado puerperal. Sabe-se apenas que não é uma situação normal que acarreta uma perturbação mental. Não há definição também do tempo que duraria o termo “logo após” referente ao texto legal.

Dessa forma, visto que possui tutela de outros dispositivos presentes no Código atual, conclui-se que esse crime se torna desnecessário, sendo relevante mais na história do que na atualidade. Pode assim ser substituído por analogia pela combinação dos artigos 121 e 26, parágrafo único do CP, devendo o

¹¹⁴ MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio: crime ou ficção jurídica?**. Brasília: Rossini Corrêa, 2012. p. 129.

juiz analisar cada caso para estabelecer uma pena justa com a conduta praticada com o auxílio das informações disponíveis atualmente.

CONCLUSÃO

Ao discutir o infanticídio, existente tanto do ponto de vista típico quanto médico-legal, vê-se que se trata de um crime relacionado a uma perturbação mental. Nesse entendimento, a mãe mataria seu filho por mudanças biopsicológicas decorrentes do parto: o estado puerperal.

No que tange a essa temática, nota-se que o artigo 123 possui problemas, os quais causam prejuízo e insegurança dentro do sistema judiciário, podendo acarretar diversos vícios em sua aplicação, principalmente ao questionar em se suas elementares, advindas dessa alteração do estado regular da mulher, do lapso temporal que essa perturbação mental pode durar ou ainda se há a presença do critério psicológico por motivo de honra, além da fragilidade da expressão “durante o parto”, considerando-se o fato de que o puerpério se inicia apenas após o parto.

Ainda, como é uma prática histórica, que defende o critério de *causa honoris*, é notório que não se faz mais necessário, pois não acompanha a evolução social. Na atualidade, a sociedade é menos conservadora, não sendo considerada como desonra uma gravidez ilegítima na mesma intensidade que era antigamente, além da existência de métodos contraceptivos que permitem evitar uma gravidez indesejada.

Vê-se também que é de extrema importância uma reforma no Código Penal atual, pois é muito antigo e, em decorrência disso, possui inúmeras lacunas, as quais são supridas em parte por legislação especial, o que causa prejuízo na organização do sistema normativo.

Uma tentativa de encontrar uma solução para erradicar esse problema encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 8, §4º, que determina que o Estado tem a obrigação de dar acompanhamento psicológico a essas mulheres, antes e após o parto.

Ainda assim, é de conhecimento geral que no Brasil não há políticas públicas que se comprometam com o auxílio de componentes econômicos, sociais, culturais e de gênero para a efetivação da prevenção desse tipo de violência. É um país extremamente carente de amparo social, pois possui muita miséria e é muito vasto.

Isso acarreta a incidência dessa situação e causa o sofrimento de muitas mulheres necessitadas desse auxílio.

Nesse sentido, na pretensão de organizar o sistema normativo penal, atualizando-o conforme a evolução da sociedade, faz-se necessária a atualização do Código Penal, que traria como consequência a revogação do tipo do infanticídio. Esse, por sua vez, torna-se desnecessário, visto que possui muitos questionamentos e entendimentos divergentes. Isso gera uma necessidade de uma análise de cada caso, para efetiva comprovação de alteração psíquica da parturiente, pois não é uma situação que segue uma regra, não é igual para todas as mulheres que cometem essa conduta.

Esse procedimento de análise é imprescindível, até para o enquadramento correto na conduta do infanticídio, para se estabelecer o grau de culpabilidade da agente. Assim, nota-se que o Código Penal já supre essas outras hipóteses, e, em uma avaliação dos tipos descritos acima, há inclusive o amparo do que é previsto pelo artigo 123 do CP.

O artigo 26 do CP, tanto no seu parágrafo único como em seu *caput*, pode atenuar a pena, de um a dois terços, de uma parturiente que sofre alteração mental ao cometer o delito, de forma justa, ao considerar a parturiente semi-imputável, ou até mesmo isentar sua pena, caso ela seja inimputável, na ausência da potencial consciência da ilicitude da conduta e da autodeterminação no momento da prática do delito.

Dessa forma, sob a proteção do princípio da continuidade normativo-típica, o artigo 123 do CP corresponderia, por analogia, à combinação do artigo 121 com o artigo 26, parágrafo único do CP, que defende a figura do agente semi-imputável, no qual se enquadraria a infanticida. Ou seja, ela seria enquadrada no artigo 121 do CP, tendo a pena atenuada nos termos do artigo 26, parágrafo único da mesma Lei, que prevê a ajuda da medicina legal e da psicologia para definir o grau de discernimento da parturiente e analisar se ela teria uma pena atenuada ou, até mesmo, seria isenta.

E ainda, mesmo se houver a presença da intenção de ocultar a própria honra, o CP prevê no artigo 121, § 1º que é possível haver uma redução de pena de um sexto a um terço, por motivo de relevante valor moral.

Dessa forma, dada a revogação do infanticídio e atualização do Código Penal, ambos os critérios, tanto psicológico, como biopsicológico, se mantêm

protegidos. Além de organizar o sistema normativo penal, preservar-se-á a parturiente, que terá uma pena justa conforme sua conduta, na hipótese de sofrer influência do estado puerperal, mesmo com a revogação do artigo 123 do CP.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei 8.069/1990. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Pré-natal e puerpério:** atenção qualificada e humanizada: manual técnico. Brasília, 2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prenatal_puerperio_atencao_humanizada.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de Culpa:** um estudo de direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Bruna Santos. **Mulheres e infanticídio:** a interface entre o Direito e a Psiquiatria. Brasília: ProIC-UnB/CNPq, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009. v.1.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal:** parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal:** parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido.** Campinas: Millennium, 2004.

MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio:** crime ou ficção jurídica?. Brasília: Rossini Corrêa, 2012.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio:** crime típico, figura autônoma e concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade:** concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Ribeirão Preto: Minelli, 2002.

VIEIRA, Sinara Gumieri. **Mulheres e Infanticídio:** uma revisão da literatura Internacional. Brasília: ProIC -- CNPq/UnB, 2012.

WINNICOTT, Donald Woods. **Da Pediatria à Psicanálise:** obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000.